

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/129776>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

Economisch recht en intellectuele eigendom

Mr. R. Feunekes, m.m.v. F.H.E. van der Moolen

Jurisprudentie

Pres. rechtbank Rotterdam 22 juni 2000, Nieuwsbrief Mededingingsrecht 2000, p. 108. Hof 's-Gravenhage 30 januari 2001, rolnr. 99/1.65

Met de inwerkingtreding van de Mededingingswet (Mw) is er een spanningsveld ontstaan tussen enerzijds de intellectuele eigendomsrechten en anderzijds het mededingingsrecht. Dit spanningsveld laat zich het best verklaren door het feit dat de Mededingingswet uitgaat van het zogenaamde verbodstelsel, overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 81 en 82 EG. Deze samenhang met het Europese mededingingsrecht brengt met zich dat de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie, alsmede de rechtspraak van het HvJEG mede richtinggevend zijn voor de uitleg van de artikelen 6 en 24 Mw. In de soap tussen De Telegraaf en de NOS kwam dit aspect aan de orde in de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 30 januari. In de zaak die diende voor de President van de rechtbank Rotterdam ging het om de vraag of de d-g NMa artikel 63, lid 2 Mw op een juiste wijze heeft toegepast in zijn besluit van 16 februari 2000, waarin aan de NOS en HMG een last onder dwang werd opgelegd (zie Feunekes, *Katern* 75/2000, p. 3823).

Aanleiding voor het geding bij het Hof 's-Gravenhage is de uitspraak van de President van de rechtbank 's-Gravenhage (5 januari 1999, *KG* 1999, 37), waarin De Telegraaf werd gelast de publicatie van de TV-lijsten te staken en gestaakt te houden, althans werd gelast het vervoeelvoudigen, openbaar maken en/of enigerlei wijze te verhandelen van de programmegegevens en/of delen daarvan, direct of door middel van een op enigerlei wijze aan hen verbonden (rechts)persoon, te staken en gestaakt te houden.

Reeds eerder heeft de NMa (10 september 1998) geoordeeld dat de NOS (en HMG) met haar licentiebeleid ten aanzien van het verstrekken van programmeergegevens, waartoe zij krachtens het bepaalde in artikel 58, lid 2 Mediawet de mogelijkheid heeft, beoogd een situatie te creëren waarin mogelijke aanbieders van programmeergegevens de markt niet kunnen betreden. Deze handelwijze wordt opgevat als een misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw, waarmee vast komt te staan dat de NOS haar licentiebeleid dient te veranderen. De vraag is dan of de auteursrechtelijke bescherming van de programmeergegevens met zich kan brengen dat de NOS (en HMG) zich kunnen blijven verzetten tegen levering van de gegevens aan De Telegraaf.

In de onderhavige zaak tussen de NOS en De Telegraaf stelt de NOS dat de programma-overzichten het uiteindelijke resultaat vormen van een creatief proces waaraan zij een aanzienlijke bijdrage levert. Deze overzichten bezitten dan ook een zodanig eigen oorspronkelijk karakter, dat hiervoor het volledige auteursrecht dient te gelden en niet slechts de bescherming op grond van artikel 10 Auteurswet. Het Hof 's-Gravenhage stelt hierover:

‘Naar het voorlopig oordeel van het hof zijn deze lijsten met programmeergegevens niet aan te merken als werken met een eigen oorspronkelijk karakter die het persoonlijk stempel van de maker dragen. Immers, deze lijsten houden niet meer in dan een hoeveelheid feitelijke gegevens, terwijl, naar uit de processtukken is gebleken, de rangschikking onvoldoende getuigt van een persoonlijke visie en/of originaliteit van de maker’.

Op de programmeergegevens blijft het regime van de geschriftenbescherming rusten. De NOS zal ontlending door De Telegraaf aan moeten tonen. Echter, de NOS beroept zich ten aanzien van haar programmeergegevens tevens op twee andere gronden voor bescherming: de Databankenwet en artikel 59 van de Mediawet.

Krachtens artikel 1 van de Databankenwet worden gegevens in databanken beschermd indien de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering. Waarin deze investering moet bestaan (of liever *minimaal* moet bestaan) is onduidelijk. De NOS stelt dat het bedenken welke programma's vervaardigd of aangekocht zullen worden, het bewerken, pro-

grammeren en up-to-date houden van het programmabestand zeer arbeidsintensief is en reeds daarom als substantieel in de zin van artikel 1 Databankenwet moeten worden beschouwd. Het Hof volgt deze zienswijze niet met de overweging dat:

‘(...) de Omroepen, waarvan de primaire taak is om landelijk radio- en televisieuitzendingen te verzorgen, deze taak niet kunnen vervullen zonder programmeergegevens te verzamelen en programmalijsen op te stellen, waarbij, nu het tegendeel niet aannemelijk is geworden, moet worden aangenomen dat met het enkele opstellen van programmalijsen geen (afzonderlijke) substantiële investeringen in tijd, geld of anderszins zijn gemoeid’.

Concreet betekent dit dat de programmeergegevens beschouwd moeten worden als een *spin-off*, waarmee wordt bedoeld dat de gegevens als een uitvloeisel moeten worden beschouwd van de werkelijke taak van de Omroepen namelijk het verzorgen van radio- en televisieuitzendingen. Nu de NOS en de Omroepen zelf over de programmalijsen moeten beschikken om deze kerntaak uit te kunnen voeren, kan er geen sprake zijn van een substantiële investering. Door het ontbreken van een substantiële investering verkrijgen de programmeergegevens niet een eigen bescherming, maar blijven zij onderworpen aan het beschermingsregime van de geschriftenbescherming. Het begrip *substantiële investering* blijft vatbaar voor een uiterst subjectieve interpretatie. De stelling van de NOS dat het vaststellen van de programmalijsen arbeidsintensief is, verdient dan ook nadere aandacht, nu uit het regime van de Databankenwet niet valt af te leiden waarin de genoemde substantiële investering dient te bestaan.

Een tweede beschermingsgrond voor de programmeergegevens wordt door de NOS gevonden in artikel 59 van de Mediawet. Kenmerkend voor het beschermingsregime is hier dat, in tegenstelling van de geschriftenbescherming in de Auteurswet, artikel 59 Mediawet een omkering van de bewijslast inhoudt. Het Hof gaat uitgebreid in op de beschermingsomvang en concludeert dat de door De Telegraaf gebruikte gegevens voor het blad TV Week vermoed te zijn ontleent aan de programmalijsen van de NOS, op grond van het feit dat De Telegraaf niet kan bewijzen, althans onvoldoende aannemelijk maakt, dat de door haar gebruikte gegevens door het deduceren en combineren van genregegevens uit de vrije nieuwsgaring tot stand zijn gekomen.

Uiteindelijk hebben de NOS en de Omroepen dan succes. Hun programmeergevens vallen onder de beschermingsomvang van artikel 59 Mediawet, waarmee zij zich kunnen verzetten tegen de uitgave TV Week nu de gegevens van dit blad ontleend (lijken te) zijn aan de programmeergevens van de NOS. Echter, het succes is marginaal. Het Hof past na de vaststelling dat artikel 59 Mediawet van toepassing is de regels toe uit het Magill-arrest (HvJEG 6 april 1995, NJ 1995, 492). In deze zaak gaf het HvJEG aan dat als er *bijzondere omstandigheden* (*exceptional circumstances*) zijn, een beroep op het (willekeurig welk) auteursrecht niet (meer) aan de orde komt. In het Magill-arrest waren er twee van dat soort omstandigheden. Ten eerste werd door de auteursrechthebbenden (televisiemaatschappijen) de introductie van een nieuw blad, waarin in het geheel niet was voorzien, belet. Ten tweede hielden zij het onontbeerlijke materiaal, de programmeergevens, exclusief voor zichzelf. Deze onontbeerlijkheid van het materiaal wordt beschouwd als een *essential facility*.

Het Hof 's-Gravenhage komt door toepassing van deze regels tot de conclusie dat de leveringsweigering van de NOS in strijd moet worden geacht met de uitgangspunten in het Magill-arrest, temeer nu van een voldoende zwaarwegend belang van de NOS ten opzichte van het belang van De Telegraaf bij het achterwege laten van een inbreukverbod, niet gebleken is. Voor de NOS lijkt het nu raadzaam om uitvoering te geven aan het in artikel 58, lid 2 Mediawet bepaalde en een overeenkomst met De Telegraaf aan te gaan (zie over deze uitspraak tevens Y.E. de Mynck, *AM* 2001, pp. 41-45).

In de zaak die diende voor de President van de rechtbank Rotterdam werd door de NOS en HMG bezwaar gemaakt tegen de toepassing door de d-g NMa van artikel 63, lid 2 MW, waarin aan de d-g NMa de bevoegdheid wordt toegekend om de schorsende werking van artikel 63, lid 1 Mw op te heffen. De President stelt vast dat de toepassing van artikel 63, lid 2 Mw een beoordeling vereist van het redelijkerwijs te verwachten nadeel voor degene te wiens behoeve de last onder dwang is opgelegd. Indien dat nadeel ernstig is en bovendien onmiskenbaar substantieel groter dan het nadeel voor degene aan wie de last wordt opgelegd, kan toepassing worden gegeven aan artikel 63, lid 2 Mw. Hierbij kan *geen* doorslaggevende betekenis worden toege-

kend aan het feit dat de tenuitvoerlegging van een opgelegde last strekt tot het tot stand brengen of het herstellen van een rechtmatige toestand, zoals in casu de levering van de programmeergevens van de NOS en HMG aan De Telegraaf. De President stelt hierop vast dat de d-g NMa een onjuiste toepassing heeft gegeven aan artikel 63, lid 2 Mw, omdat is gebleken dat het besluit vooral tot doel had het tot stand brengen van de overeenkomst aangaande de levering van de programmeergevens en schorst om die reden het besluit van 16 februari 2000 aangaande de beslissing omtrent de toepassing van artikel 63, lid 2 Mw. Let wel, de sanctie als zodanig blijft in tact, slechts het opheffen van de schorsende werking wordt vernietigd. Ingevolge het bepaalde in artikel 63, lid 1 Mw wordt nu de werking van de last onder dwangsom opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken, of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist.

Besluiten NMa

Zaaknr. 590 en 1972 van 15 december 2000: Ontheffingsverzoek Amicon Zaak 537 van 11 april 2001: Landelijke Huisartsen Vereniging

In het kader van de Ziekenfondswetgeving sluiten zorgverzekeraars zogenaamde standaard-medewerkersovereenkomsten met zorgaanbieders zoals huisartsen, fysiotherapeuten en tandartsen, waarmee wordt beoogd uitvoering te geven aan het bepaalde in artikel 8, lid 1 Ziekenfondswet, waarin is neergelegd dat ziekenfondsverzekerden aanspraak kunnen maken op zorg in natura. In de onderhavige zaken betrof het medewerkersovereenkomsten met vrijgevestigde fysiotherapeuten en met huisartsen. Van belang is dat ingevolge artikel 8, lid 5 Ziekenfondswet de zorgverzekeraars verplicht zijn voldoende zorg voor hun verzekerden *in te kopen*. Op basis van Hoofdstuk IV van de Ziekenfondswet hebben de zorgverzekeraars deze mogelijkheid door met aanbieders van zorg een medewerkerscontract aan te gaan. Over een aantal onderwerpen die met deze zorginkoop samenhangen, moet op grond van de artikelen 45 en 46 Ziekenfondswet collectief worden onderhandeld. De uitkomsten van deze verplichte collectieve onderhandelingen zijn op grond van het bepaalde in artikel 16 Mw vrijgesteld van het kartelverbod. Uitgangspunten in de medewerkersovereenkomsten die op deze verplichte onderhandelingen zijn gebaseerd, vallen dan ook niet onder de werking van artikel 6 Mw.

Anders is dat voor onderwerpen die niet voortvloeien uit de bedoelde verplichte collectieve onderhandelingen. Hoofdzakelijk betreft het hier afspraken over tarieven, vestiging en spreiding van praktijken van de zorgaanbieders, het volume per praktijk, de kwaliteit van de zorg die verleend moet worden, gegevensuitwisseling en administratieve procedures. In beide beslissingen stelt de d-g NMa vast dat de gemaakte afspraken over tarieven, vestiging, spreiding en volume, in strijd zijn met het in artikel 6 Mw bepaalde en niet voor een vrijstelling krachtens artikel 17 Mw in aanmerking komen, omdat niet voldaan is aan de in dat artikel gestelde eisen. Artikel 17 Mw eist onder andere dat de gesloten overeenkomsten merkbare objectieve voordelen met zich moeten brengen die kunnen opwegen tegen de nadelen voor de concurrentie die daarmee verbonden zijn. Voor de vestigingsregelingen in de beide zaken is dit voordeel niet aangetoond. Dit impliceert tevens dat ook aan het tweede vereiste van artikel 17, waarin staat dat een billijk aandeel in de voordelen de gebruikers ten goede moet komen, niet wordt voldaan. In beide zaken wordt dan ook het ontheffingsverzoek op grond van artikel 17 Mw afgewezen.

Voor de zorgsector, waarin bovenstaande wijze van contracteren gebruikelijk is, is deze beslissing ingrijpend, omdat de zorgverzekeraars door deze beslissing in beginsel niet meer collectief met de zorgverleners over de gewraakte onderwerpen kunnen onderhandelen, maar elke zorgverlener individueel moeten benaderen.

Zaak 381 van 19 februari 2001: Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf

In deze zaak heeft de NMa bepaald dat de zogenaamde anti-leurregeling van de schildersbranche in strijd is met het kartelverbod van artikel 6 Mw. In deze anti-leurregeling is onder andere bepaald dat de deelnemende schildersbedrijven verplicht zijn om zich op een centraal punt te melden als zij een offerte willen indienen. Vervolgens wordt dan centraal vastgesteld welke aanbieder het exclusieve recht verkrijgt om gedurende twee maanden te onderhandelen met de opdrachtgever. Deze mag in die periode niet met andere aanbieders onderhandelen. Hierdoor wordt het leuren met opdrachten voorkomen. De d-g NMa komt tot het oordeel dat de genoemde regeling niet alleen in strijd is met het bepaalde in artikel 6 Mw, maar tevens niet voor toepassing van artikel 17 Mw in aanmerking

komt, omdat aan drie van de vier daar genoemde vereisten, niet wordt voldaan.

Literatuur

- F.O.W. Vogelaar, J. Stuyck, B.L.P. van Reeken (ed), *Competition law in the EU and the Netherlands*. Deel 18 in de Serie Onderneming en Recht, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2000;
- A.J. Scholten, H.J.A. Knijff en E.J.A. Vilé, *Sport en recht, deel 7*. Citaat (p. 31): ‘Verder zal de NMa als maatstaf hanteren de proportionaliteit. Inbreuken op het kartelverbod zullen alleen worden toegestaan, indien en voorzover dit noodzakelijk is om objectieve economische voordelen te behalen. Wederom de professionele schaatsteams hebben deze nieuwe toetsingsmogelijkheid door de NMa gebruikt, om de selectiecriteria van de schaatsbond aan de orde te stellen’. Nieuwsgierig? De Vrieseborch, Haarlem 2000;
- C.T. Dekker, ‘Mededingingsafspraken, machtsposities en procedures: Nma-besluiten in 2000’. *M&M* 2001/2, pp. 49-59;
- E.J. Poelman, ‘Naar een nieuw drieluik voor de beoordeling van horizontale overeenkomsten’. *M&M* 2000/5, pp. 161-169;
- P. Glazener, A.S. Bijleveld en S.J.H. Evans, ‘Kroniek mededingingsrecht’. *SEW* 2001/2, pp. 62-72;
- J.K. de Pree en D.J.M. de Grave, ‘De NMa en marktwerking in de zorg: een impressie’. *AM* 2001, pp. 33-37.